

מאמרים

מתנה לצרכן

מאת

גד טדסקי

א. "תוספת" חינם לצרכן בתור מדיניות עיסקית ובתור בעיה משפטית.
ב. "יחס לבר-משפטי". ג. מתנה לא אלטרואיסטית. ד. עיסקה אחת או שתיים. ה. הבטחת מתנה או הנחה במחיר. ו. מעין מתנה. ז. פרס בהגרלה. ח. הקשר בין שתי העיסקאות – כריתתן וגורלן. ט. דינים בעלי נפקות ניכרת בענייננו (הקיום בתום-לב, איסור ונטל בדבר ההטעה, דיני ההגרלה); נפקותה של השפעה בלתי-הוגנת. י. האם כדאי להרחיק לכת עוד יותר בהגנת הצרכן.

א. "תוספת" חינם לצרכן בתור מדיניות עיסקית ובתור בעיה משפטית
בין הדרכים שלהן נוקמים ספקי סחורה ושירות (להלן: המצרך) לקידום השיווק, אחת מן המקובלות ביותר בימינו היא להכריז שהצרכן הרוכש מצרך זה או אחר אצלם יקבל חינם גם נכס או שירות נוסף (להלן: התוספת).¹ לפעמים מזכים בפרס את הצרכן הזוכה בהגרלה שיערוך הספק בין הלקוחות או את הצרכן שימלא תנאי זה או אחר (כגון איסוף של סדרת תמונות, שאחת מהן מצורפת בכל חפיסה של המצרך).
הצרכן התמים יברך על הכרזה זו, בראותו בה תופעה הפוכה לתנאים המקפחים שהספקים מבקשים להכניס בחוזיהם אתו ושהדינים נלחמים בהם. ואמנם, אין לשלול את האפשרות שהספק יציע תנאים נוחים לשם משיכת הלקוחות ולהתגברות על מתחריו העסקיים, בהגבילו את רווחו ואפילו בוותרו זמנית על כל רווח או בהפסידו. ראייה לכך ניתן לראות בגילויים אחרים למדיניותם העיסקית של הספקים, כגון מתן מצרך לדוגמא (למשל: הספקת יומון במשך חודש ימים) ללא תמורה לכל דורש. אך, מן הסתם, במוקדם או במאוחר הנושאים בעלות השי הנדון יהיו הלקוחות, בהידרשם לשלם תמורה גבוהה למצרך יותר מזו שהיו משלמים אלמלא המתנות אשר ניתנות להם או ללקוחות אחרים.

בצירוף: עיסקה בתמורה ותוספת חינם, לעתים קרובות אף אם לא תמיד יטול הספק ביד אחת את אשר הוא נותן בידו האחרת; ולא עוד אלא שעל-ידי הצירוף הנ"ל עלולים

1 על המקרה שמבטיח התוספת יהיה היצרן ולא ספק המצרך לצרכן (או לא זה בלבד) נעמוד להלן, סעיף ד.

לנצל את הקסם הכרוך במתנה בעיני הבריות בהניעם את הלקוחות לעסק? כולל פחות כדאי להם מאשר רכישת המצרך שהוא לבדו דרוש להם – להבדיל מדבר המתנה שאולי אינו עונה על צורך אמיתי של הרוכש.

לצרכן הזהיר ניתן אפוא לסגל לעצמו את האימרה הקלסית: "מדנאים [קרי: מספקים] אפחד אף כי מתנות ישאו"³.

מבחינת המשפט הנוהג, על הפרשן לאמת אם המתנה המוצעת לצרכן היא מתנה להלכתה, לפי לשון הפרסומת, ובמקרה זה לקבוע מהו הקשר בינה ובין רכישת המצרך בתמורה. בישראל טרם הגיע העניין לערכאות, אך בפסיקה בארצות אחרות ובספרות, גם הישראלית לפי דיונה הראשוני, מתגלית רתיעה והססנות לפרש את לשון המתנה הנ"ל על פניה, ולרוב רואים בה כעין הסוואה לכוונתו האמיתית של הספק, כלומר: לעריכת עיסקה כוללת בתמורה. על פירוש זה מעיד נוהגם של פוסקים וסופרים לכתוב "מתנה" או "חנם" במרכאות⁴.

- 2 כאן ולהלן עסק בא לציין את העיסקה בתמורה והתוספת גם יחד.
- 3 *Timeo Danaos et dona ferentes*. בשירת וירגיליוס (אנאים, II, 49) אלה הם דברי הטרויאני לאוקיאון. בראותו את הסוס הגדול מעץ אשר היוונים הניחו בפני עירו הנצורה עד אז.
- 4 בישראל, א' זמיר, 'חוק המכר, תשכ"ח-1968' (פירוש לחוקי החוזים). (המכון למחקרי חקיקה ע"ש הארי סאקר, ג' טדסקי עורך, תשמ"ז) § 76, בעמ' 73-74, רואה את התוספת למכירה כחלק מהמכר כאשר יש לה ערך ניכר, כשלעצמה וביחס למצרך. כאשר אינו ניכר, הוא צופה את האפשרות של אי כוונת הצדדים להתקשר בחוזה מחייב או של מתנה. גם במקרה שהתוספת היא פרס בהגרלה הוא נוטה להסתייג מהשקפת המכר (שם, בעמ' 75). שלילת המתנה נובעת גם, כנראה, מדברי פרופ' ד' פרידמן, "מושג התמורה בחקיקה הישראלית". קובץ ההרצאות בימי עיון לשופטים השל"ה (ירושלים, תשל"ו) 38, 41-42. אף אם לא נוגעים לעניינו במישרין. באנגליה במשפט *Esso Petroleum Ltd. v. Commissioners of Custom & Excise* ([1976] 1 W.L.R. 1) החליטו לראות במטבעות שהנפיקה החברה ושניתנו לרוכשי הדלק תמורה לכניסתם הלקוח לחוזה העיקרי. שניים מן השופטים (להלן, סעיף ב) סברו שלפי שוויים המבוטל של המטבעות היחס בין הצדדים בנוגע להם הוא יחסר לכרמ-שפטי. ואחד (לורד פרסר מטוליבלטון) הכיע דעתו שגם בעניין התוספת החוזה היה חוזה מכר. P. S. Atiyah, "Notes of Cases", 39 Mod. בדחותו את שתי הדעות האחרות שהתבטאו במשפט אסו. בארצות הברית, בפסיקה ובספרות שוררת גמיש הדעה הרואה בתוספת חלק מהמכר. ראה *Du Pont De Nemours & Co. v. Revlon Inc.* 267 So. 2d, 662 (1972); *Inc. v. Kaufman & Chernick Inc.* 148 NE 2d 634 (1958); *Am. Jur.* 2d, Sales, vol. 67, 1985, § 28; R.A. Anderson, *Uniform Commercial Code* (3rd ed., 1981) I 600-601, § 2-106. על הפסיקה האמריקנית ראה גם להלן, סעיפים ד ו-ט. ממערב-גרמניה, פרופ' קץ (H. Kötz), אחד ממנהלי ה-Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internat Privatrecht, שבחמבורג. הודיעו כי שאלת מהותה של העיסקה (במקרים שהעיסקה מותרת לפי החוק; להלן, הערה 5) לא עמדה לדיון בארצו עד כה. על הזרמים השונים שהצטיינו בפסיקה האנגלית והאמריקנית חיוה דעתו בדלקמן:

In a case like *Esso* there is no binding contract regarding the gift. Despite the wording of the advertisement the garage owner will obviously not guarantee the availability of coins. Owing to the small intrinsic value of the gift the customer does not seem to have a contractual right to it. If, however, a material gift is offered in addition to specified goods (see *Dupont v. Kaufman*: tyres plus anti-freeze) both parties will include the gift in their calculation and decision making. Therefore we have a unitary and mutual contract. Even in cases without a legal obligation to supply a gift the seller is under a collateral duty (arising from the sales contract) to prevent any damage to goods, or any

אשר למשפט הרצוי, דאגותיהם האפשריות הנ"ל של הצרכנים עשויות להיות גם לדאגות המחוקק. בישראל לא הונהגו עד כה כללים מיוחדים בנוגע לתופעה הספציפית הנדונה – להבדיל מכללים המיועדים להגן על הצרכן בפני הטעיה והשפעה בלתי-הוגנת בכללן ומדינים הנוגעים להגדרה בכללה. נשאלת השאלה אם כדאי גם למחוקק הישראלי ללכת בדרכה של החקיקה בארצות אחרות, אשר ראתה מקום להצר את צעדי הספקים במדיניותם העיסוקית הנדונה⁵. זוהי כעין חזית שנייה (אף אם לא שווה בחשיבותה) אשר יש שפותחים כנגד הספק, לעומת החזית הראשונה לאיסור התנאים המקפחים בחוזה.

כביטוי למדיניותם העיסוקית, מתנות הספקים עשויות ללבוש שלוש צורות שונות לפי עוצמת הקשר ביניהן ובין עיסקה זו או אחרת של הספק ועסקיו בכללם. אחת היא זאת המעניינת אותנו כאן, אשר בה הזיקה הנ"ל אמיצה ביותר: מתן תוספת במתנה

infringement of rights of the buyer, that may result from the gift (cf. *Sheppard*). It is arguable by way of an analogy to §521 BGB that the seller ought to be likened to a donor and should therefore be liable only if damage results from intentional or grossly negligent conduct.

באיטליה הצטיין מגוון דעות. פס"ד אחד (Pret. Torino 10.10.1960, *Giur. it.* 1960, II, 882) מסכים לרעיון המתנה, אך לא בלי היסוס והסתייגות-מה. בפסק-דין אחר (Pret. Parma 16.2.1961, *Foro Padano*, 1962, I, 138) הצטמצמו בקביעה שהבטחת המתנה היא התחייבות טפלה הנספחת לעיסקה העיקרית. ברשימה על פסק-דין זה שפרסם שם, דוחה Biondi את רעיון המתנה ורואה את הבטחת הספק כפופה לסעיף 1989 לסה"ח, בתור הבטחה לציבור ללא תמורה. C. Massimo Bianca, *La vendita e la permuta* (Torino, 1972) 37 מטרת הפרסומת כסותרת אותה. בעיני 166 (1966) I, *Schlesinger e Vanzetti, in Riv. dir. industr.* גם-כן אין כאן מתנה, ואת העיסקה כולה יש לדרן כפעולה אסורה בהיותה מעשה התחרות בלתי-הוגנת (סעיף 2598 לסה"ח).

5 בצרפת, חוק מיום 20 במארס 1951 אוסר מכירות בפרסים שהם מוצרים שונים ממושא המכירה (אך לא תוספת זיגנר שתצורף לחוזה מסוג שונה, כגון חוזה הובלה). פקודה מיום 5 לאוגוסט 1961 השלים את החוק באוסרה תחבולה שאליה נזקקו קודם הספקים לשם עקיפת החוק הנ"ל, כלומר: מכירת מוצרים שונים כחטיבה אחת תמורת מחיר גלובלי. ר' H. & L. Mazeaud, *Leçons de droit civil* (Paris, 2 ed., 1963) III § 941, p. 771 בצרפת על כדאיות האיסור. ראה מאז, שם. בגרמניה גם כן הוטל איסור עקרוני (בחריגים מרובים) עליי Zugabeverordnung מיום 9 במארס 1932 והוא נוהג בתיקונים מאוחרים יותר. על תולדות החקיקה ועל פרשנותה ראה W. Hefermehl *Wettbewerbsrecht*, München, 15 Aufl., 1988. גם בצרפת וגם במערב-גרמניה לאיסור העקרוני ישנם סייגים. בארצות-הברית אין איסור מיוחד על תוספת המתנה, אך לפי ה-Federal Trade Commission Act (פרק 15 מה-U.S. Code) מוסמכת רשות זו להוציא צווים האוסרים על דרכי תחרות לא-הוגנות, וגם מתנות לכאורה לצרכן עלולות להיכלל בהן, לפי הנסיבות. ראה *Am. Jur. 2d*, vol. 55, *Monopolies, Restraints of Trade and Unfair Trade Practices*, 1971 and Suppl. 1987, §§ 758, 776, 798; C.P. Jhong, in: *United States Supreme Court Reports, Lawyers Ed.*, 2d, vol. 15, 1966, 877 התמקדו בהיבט ההתחרות בין הסוחרים ותוצאותיה לטובת הלקוחות. במשנה במסכת בבא מציעא, דף ס', עמ' 4 נאמר: "ר' יהודה אומר: לא יחלק החנווני קליות ואגוזין לחינוקות, מפני שהוא מרגילן לבוא אצלו. וחכמים מחירים". ובתלמוד: "מאי טעמייהו דרבנן? דאמר ליה: אנא מפליגנא אמנוזי, ואת פליג שישקי" [התלמוד בתרגומו של ע' שטיינזלץ, ירושלים, תש"מ]: "מה טעמם של חכמים? שאומר לו אני מחלק אגוזים, ואתה חלק שזיפים". דהיינו: שאם סוחר אחד מחלק לצרכן אגוזים בחינם, יחלק סוחר אחר שזיפים ("שיסקי") בחינם, והצרכן ירוויח. הרמב"ם בהלכות מכירה, יח, ד, פוסק כחכמים, ודעה זו היא המוסכמת.

לרוכש מצרך זה או אחר, ולכן מתנה התלויה בעיסקת הרכישה. צורה שנייה קיימת כאשר הספק נותן בתור שי דוגמא של המצרך לאנשים שהוא מקווה כי אחר-כך ימשיכו וירכשו אותו בכסף מלא, אך בלי לדרוש שום התחייבות לכך מצדם. ועוד ישנה צורה שלישית, כאשר מתכוון הספק להעלות סתם את קרנו בעיני הציבור על-ידי ה־sponsoring (חסות) שלו לאיזה מפעל בעל תועלת כללית, אף לא קשורה לעסקיו. שני הסוגים האחרונים חורגים מדיונונו זה.

ב. "יחס לבר־משפטי"

על סף דיונונו, יש להתמודד עם הדעה השוללת נפקות משפטית להכרזת הספק הנדונה. במשפט אסו נקטו עמדה זו שניים מבין השופטים בבית־הלורדים⁶. הם לא התכוונו לומר כי בעניין תוספת המדליות הניתנת חנים לרוכש הדלק החוזה היה בטל משום חוסר־התמורה (consideration). באנגליה התגברו כבר מזמן על הקושי הנ"ל על-ידי תורת "החוזה הנספח", שלפיה הכניסה בחוזה העיקרי (חוזה מכר, במקרה הנדון) עשויה לשמש תמורה בחוזה הנספח (חוזה על המטבעות, במקרה הנדון). אילו התמקדו בעניין ה־consideration, דעתם לא היתה חשוכה לנו, כיוון שבמשפטנו אין זאת מידה דרושה בחוזה.

דעתם הנ"ל של שני השופטים הכופרים בנפקותו המשפטית של עניין התוספת היתה מבוססת על שוויים המבוטל של המטבעות בפרשה הנדונה ועל אי־ההסתברות שרוכש הדלק יתבע לדין את המוכר שלא מסרם לו, כדברי הפרסומת. לעמדתם זו של שני הלורדים הללו לא היו שותפים יתר השופטים שישבו אתם בדיון על פרשת אסו בבית־הלורדים. היא מצאה גם ביקורת נחרצת בספרות המשפטית באנגליה גופא⁷ ועוד יותר ראויה לה לפי המשפטי הישראלי. שווי הנכס שבמחלוקת וההסתברות שאיש מן היישוב לא יגש לערכאות בגללו אינם מבחן ראוי למהות הבעיה ולפתרונה על-פי הדינים.

ההשערה שיחסים מסוימים לא יהיו שפטים מקובלת בקלות כשמדובר בהסכמים בין קרובי משפחה וביחסי ידידות; אך ביחסים עיסקיים דרושה הוכחה מלאה, כפי שהזכיר אחד מיתר השופטים במשפט אסו בהסתמכו על פסק־דין קודמים⁸. הדעה שלדברי הפרסומת של הספקים אין להתייחס ברצינות היא דעה שאבד עליה כלת, כשלא מדובר בדברי קילוסין סתמיים שכל אחד מבין מהו אופיים התעמולתי חסר־האחריות. בפני השפעתה העצומה של הפרסומת על השוק עמדה כנ"ל הינה בלתי־מוצדקת. אין סתירה בין פרסומת ובין נפקותה המשפטית, ולא עוד אלא שהפרסומת דורשת אותה כדי להגיע לייעודה. הציבור רשאי לבטוח שהספק אחראי לקביעותיו העובדתיות ולהבטחותיו. ולפי הטוות הארוך לפחות, הספק עצמו לא יראה הצלחה לפרסומתו אם הציבור לא יקבל דבריו כאמינים לאור הכרת המשפט באחריותו

6 ראה דבריהם של Viscount Dilhorne ו־Lord Russel of Killowen (לעיל, הערה 4) 4–5, 10. ראה גם דברי פרופ' קץ (לעיל, הערה 4).

7 ראה דברי (supra note 4) Atiyah.

8 ראה דברי 5–6 (supra, note 4) Lord Simon of Glaisdale.

להם. במשפט שלנו הצעת חוזה עשויה ללכוש צורת פנייה לציבור⁹ וחוק הגנת הצרכן מזכיר במפורש את אחריות ה"עוסק" לפרסומת שלו¹⁰.

ג. מתנה לא אלטרואיסטית

כאשר מכריז הספק על מתן המתנה הנדונה כביטוי למדיניותו העסקית, ברי לנו שמניעו אינו עשיית חסד עם הצרכן אלא אך ורק קידום האינטרסים שלו. מכאן הרגשת הרכיב שלפי כוונתו אין זו מתנה ראויה לשם זה.

האומנם מושג המתנה דורש שהנותן מתכוון להיטיב עם המקבל? לכאורה לא, לפי החוק הישראלי משנת תשכ"ח, המגדיר את המתנה כהקניית נכס שלא בתמורה, ותו לא. מתאימים להגדרה אובייקטיבית גרידא כזאת הם הדברים אשר, מבחינת המשפט האנגלי, אמר אחד משופטי אסו: "benevolence is not a necessary feature of a gift, which may well be motivated by self interest"¹¹.

לעומת זאת, בגרמניה, במסכת הנחשבת לספר הסטנדרדי במשפט האזרחי, זאת שייסדו בשעתם אנצרוס, קיפ ווולף (Enneccerus, Kipp, Wolff), נפתח הדיון על המתנה בקביעה: "מתנה היא פעולת אלטרואיזם"¹². אילו היה עלינו להבין דברים אלו כהגדרה אשר לפיה יש לשלול קיום מתנה כאשר אין כוונה להיטיב למקבל, כי אז הקביעה הנ"ל היתה מעידה על דין שונה מהדין הנוהג בשיטות-משפט אחרות. אך ישנם נימוקים המביאים למסקנה הפוכה. סעיף 516, פסקה ראשונה, לסה"ח הגרמני אינו שונה מסעיף 1 לחוק המתנה הישראלי בלשונו האובייקטיבית (אין זה פלא: ההוראה הגרמנית שימשה מקור להוראה הישראלית); ולא עוד אלא בעבודות ההכנה ל-B.G.B. הבליוט המחברים במפורש: "היתה אחרות בכך כי [...] במושג המתנה באה בחשבון אף הקנייה שנעשתה ככוונה אנוכית גרידא"¹³.

ובכן, מתנה היא גם זאת הנערכת מנימוק אנוכי מובהק¹⁴ (ויהיה זה מניע כלכלי, כגון אי-יחסיפות למסים, או לא כלכלי, כגון זכייה בבחירות או באותות-כבוד); או מנימוק לא אלטרואיסטי אחר, כגון רצון הנותן שבמותו לא יעבור הנכס לעובדו, לטובת יורשיו.

- 9 סעיף 2, סיפא. לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים הכללי).
- 10 סעיפים 2(ג) ו-7 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (על תיקונו משנת התשמ"ח-1988).
- 11 דברי Lord Russel of Killowen (לעיל, הערה 4), 10.
- 12 L. Enneccerus & H. Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse* (15 Bearb., 1958) 487, ראה §120. משפט זה לא היה בחיבור המקורי של אנצרוס: *Recht der Schuldverhältnisse* (10 Bearb., 1928) 372, § 343. דברים ברוח הנ"ל כתב בישראל ד' פרידמן (לעיל, הערה 4).
- 13 ראה את הציטוט מ-Prot. II 25 אצל Staudingers Kommentar z. B.G.B. 12 Aufl., II, §§ 433-580a; Berlin 1978, § 516, 5, 2.
- 14 למסקנה זו מגיעים גם לפי המשפט האיטלקי, אף-על-פי שסה"ח האיטלקי, סעיף 769, בהתאם למסורת הרומאית קובע שהמתנה תיעשה "בכוונה ליברלית". ראה Biondi, *Le donazioni* (Torino, 1961) 95-97. לכאורה, שונה המצב במשפט הצרפתי. אף-על-פי שהגדרת המתנה הנקבעת בסה"ח, סעיף 894, היא אובייקטיבית גרידא. בית-המשפט העליון פסק שאין מתנה בעסקה הנערכת לפי האינטרס של הנותן. ראה, *Encyclopédie Juridique Dalloz, Droit Civil, III*, "Donation", § 26. אך יש שקובעים כי, אף אם מניע הנותן אינו אלטרואיסטי, בכל-זאת תתקיים מתנה כאשר ברצונו להיטיב למקבל: M.F. Planiol, G. Ripert & J. Boulanger, *Traité de Droit Civil* (1959), IV, p. 1031, § 3235.

יחד עם זאת, אין אנו רואים מתנה בכל עיסקה ללא תמורה שעל-ידיה מקנים נכס לזולת בהסכמתו, כנובע לכאורה מלשון סעיף 1 הנ"ל לחוק המתנה. כפי שקביעתו של פרופ' להמן הנ"ל, אם מתקבלת כהגדרת המתנה, עלולה להטעות בהיותה צרה מדי, כן הגדרת סעיף 1 לחוק המתנה שלנו, אם נפרשה מילולית, נראית רחבה יתר על המידה. אנו מתכוונים להצבת הגבול בין תחום המתנה ובין תחומה של "עשיית עושר".

נניח, למשל, כי פרצה שריפה אצל השכן וכי אני מגיש לו שמיכת-צמר כדי שיחניק בה את האש. לפי הצהרת הצדדים או לפי כוונתם המשתמעת, עוברת הבעלות למקבל ולא הותנה כל תמורה לכך. אך, באין כוונה מפורשת או משתמעת כי היתרון הניתן למקבל ייחשב יתרון סופי, יחול החוק על עשיית עושר והזוכה חייב השבה¹⁵. לאור חוק זה, לקיום מתנה לא סגי שיהיה "an act whereby something is voluntarily transferred from the true possessor to another person with the full intention that the thing shall not return to the donor"¹⁵. דרוש שלפי כוונת הצדדים נוכל לשלול לא רק השבה בעין אלא גם השבת היתרון. המבחן לקיום מתנה הוא דווקא בכוונה לסופיות היתרון הניתן למקבל¹⁶.

סימן מובהק המעיד על הכוונה להעניק יתרון סופי כנ"ל נמצא כאשר נוקטים לשון מתנה מפורשת, וזהו המקרה שאנו דנים בו כאן. כללו של דבר: במושג המתנה כשלעצמו אין שום מניעה להכרה בתוספת הנדונה בתור מתנה כהלכתה.

ד. עיסקה אחת או שתיים

לפי דברי הצדדים, התמורה שמשלם הצרכן מתייחסת אך ורק למצרך שהוא מקבל, ואילו התוספת ניתנת לו חינם במתנה. המשפטנים המקבלים גירסה זו על פניה יראו בעסק הכולל הנדון שתי עיסקאות נפרדות¹⁷, אף אם הן קשורות ביניהן על-ידי תליית אחת (המתנה) בכריתת האחרת (העיסקה העיקרית). השקפה דואליסטית זו תחול אף כאשר המושא של אחת העיסקאות הוא שווה או דומה למושא השנייה: נכס המוקנה לצרכן, מאותו סוג או מסוג אחר, שירות הניתן לו בכל אחת משתיהן וכו'. ואכן, אף אם מדובר בעניין שווה, בכל-זאת. כיוון שלשתי העיסקאות מושא נפרד ולהן עילה שונה

15 ראה חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, סעיף 1.

*15 ראה 1 "Gifts", vol. 20, Halsbury's Laws of England (London, 4th ed., 1978).

16 לעומת זאת, פרופ' ראבילוב, 'חוק המתנה, תשכ"ח-1968', פירוש לחוקי החוזים (מכון למחקרי חקיקה ע"ש הארי סאקר, ג' טרסקי עורך, תשל"ט), 79, כותב, באופן כללי: "[...] בסעיף 2 לחוק שלנו חסר כל ציון של animus donandi [...] תפקידו נראה מפקפק במשפט המודרני".

17 עלינו להבהיר מדוע אנו מעדיפים לדבר כאן על עיסקה אחת ושתי עיסקאות ולא על חוזה אחד או שני חוזים. במונח חוזר מתייחסים למהות העיסקה שהתחזה נוגע לה, וזוהי המשמעות שלפיה החוק וההסכמה מבחינים, למשל, חוזה-מכר, חוזה-שכירות וכו'. בשם חוזה נוהגים גם להתייחס למעשה הסכמה בין הצדדים, בעליה או בכתב, בעל לבוש אחדותי אף כשהוא כולל לתוכו יותר מעיסקה אחת (כלומר: יותר מחוזה אחד לפי משמעותו הנ"ל של המונח). כמו כן, מצד אחר, ייתכן שעיסקה אחת נובעת מיותר ממעשה הסכמה אחד (כלומר: שחוזה אחד — לפי משמעותו המהותית של חוזה — נובע מיותר מחוזה אחד, לפי משמעותו החיצונית של המונח). "עיסקה" באה כאן במשמעותו הראשונה, המהותית, של "חוזה". השקפה אחרת על היחס בין שני המונחים מביע א' זמיר (לעיל, הערה 4), s. 600, עמ' 628.

אין כל אפשרות לראותן כעסקה אחת, אחדותית או מעורבת. ענייננו שונה אפוא מן המקרה שבו מושא אחד ניתן חלקית בתמורה וחלקית חינם (למשל: נותנים נכס תמורת מחיר הנופל משווי, בכוונה להיטיב עם המקבל, ונוהגים לציין בתור "עסק המעורב במתנה" [negotium mixtum cum donazione]). הפתרון שלפיו יחול הסדר ממוזג המורכב משני הסדרים הבא בחשבון במקרה ההוא לא ייתכן בענייננו.

לעומת העמדה הדואליסטית הנ"ל, עומדת עמדתם של הרואים את תמורת הצרכן כתמורה המשותפת למצרך ולתוספת גם יחד. מהשקפתם נובע שתקיים עסקה אחת בלבד (השקפה מוניסטית). העסקה תהא אחדותית, עשויה מעור אחד, כשהמצרך והתוספת הם נכסים או שירותים מאותו סוג. במקרים אחרים תהא העסקה מעורבת, ועל חסידי ההשקפה הזאת יהיה לקבוע מדי פעם לפי איזה דין תוסדר: לפי דינו של מרכיבה העיקרי או לפי איזה מיזוג שני ההסדרים הנדונים. ואולם ישנם מקרים שבהם אין לטעון שקיימת עסקה אחת אפילו מעורבת. למשל; אם מדובר בקניית מצרך והתוספת היא "כרטיס-טיסה" (בהגרלה או שלא בהגרלה), לא ייתכן לטעון קיום עסקה אחת המורכבת משני היסודות האלה, הקניית נכס והבטחה להשיג חוזה הובלה לקונה. משום מהותם השונה של חוזה-מכר ושל הבטחת מעשה מצד אדם שלישי, גם חסידי התורה הנדונה יצטרכו לומר שקיימות שתי עסקאות שונות, אף אם — לפי טענתם — תמורת הצרכן היא תמורה גלובלית לשתייהן.

היסוד להשקפה שהתמורה של הצרכן היא תמורה גם לתוספת הוא בטענה כי פיצול העסק השלם לשניים — עסקה עיקרית בתמורה ותוספת במתנה, לפי הצגת העניין בלשון ההצעה — הוא הצגה מלאכותית, תחבולה שהספק נוקט מטעמים פסיכולוגיים; ואילו מתאים יותר למציאות — לפי תודעת הצדדים ולפי טיבם העסקי של היחסים ביניהם — הוא לייחס את התמורה לשני היסודות (מצרך ותוספת). לפי טענתם, עלות המתנה משתקפת במחיר המצרך וייחוס העלאת המחיר לתוספת הנו ביסוד החישובים שלפיהם יחליט כל אחד מהצדדים על כדאיות העסק¹⁸. אך זוהי רק השערה, לא ודאות. אפשר כי לפי שיקולים של אסטרטגיה גלובלית שבמדיניותו העסקית מוכן הספק להתעלם מחישוב כדאיותה של עסקה זו או אחרת. תמרון כזה מסביר את התנהגותו כשהוא מפסיד בהגישו דוגמת חינם ללקוחותיו הצפויים או כשהוא נזקק לפעולת dumping כדי לדחוק מן השוק ספקים מתחרים.

אשר לצרכן, אפשר שיאמין — בצדק או שלא בצדק — שהוא מקבל את התוספת ללא תמורה, אף מבחינה כלכלית, משום הסיבה הנ"ל.

מכל-מקום, אף אם יתקיים למעשה חישוב כנ"ל, נראה לנו שהוא נעשה בספירה הפרטית של כל אחד מהמתקשרים ואינו הבסיס שעליו נערך החוזה. החוזה נכרת על יסוד הצורה שלפיה עיצב אותה הספק בהצעתו.

אולי דוגמא אחת תבהיר עוד יותר את דעתנו. ישנם מצרכים שהשימוש באחד מהם דרוש גם מצרך אחר. נניח כי, כדי למשוך את הלקוחות, חנווני הציג בחלון-הראווה אחד משני מצרכים כאלה וסימן עליו מחיר זול. לעומת זאת, קבע מחיר יקר למצרך השני, המונח בפינה מוצנעת בחנותו. אם אחד הלקוחות קנה את שניהם לפי מחירם הנקוב, לפנינו שתי קניות, אף אם קנה אותם בעת ובעונה אחת, כיוון שהתמורה נקבעה

18 ראה דברי פרופ' קץ (לעיל, הערה 4). ראה גם א' זמיר (לעיל, הערה 4). שם: "עלותו של הנכס הניתן כביכול ללא תמורה מתבטאת במחיר העסקה הראשית".

לכל אחד בנפרד ולא בתור תמורה גלובלית לשניהם. מיזוג בין שתי העיסקאות וחלוקה מתאימה יותר בין שני המחירים מתקיימים מן הסתם בדעת החנווני, המודע לתחבולתו. אפשר שיתקיימו אף בדעת הלקוח, אם הוא ער לרמת המחירים הנהוגים. אך בחשבונות הפנימיים כאלה, של אחד המתקשרים או אפילו של שניהם, לא היתה מניעה שהחוזים נכרתו כלשונם, כל אחד לפי המחיר שהציע המוכר ושהקונה הסכים לו. החוזים קיימים כפי שהצדדים עיצבו אותם למעשה, ולא כפי שהיו יכולים לעצבם.

התרחקות מלשון החוזה היתה מוצדקת ומחויבת אילו ניתן היה לראות בה משום מראית-עין; אילו התוספת בתור מתנה לא היתה בעיני הצדדים אלא הסוואה כשכוונתם היתה לעיסקה-בתמורה כעיסקה כוללת. אך לטענה כזאת דרושה הוכחה במציאות החזית ואין אנו רואים יסוד לה במקרים הטיפוסיים שהם הנושא לדיוננו.

לספק עשויים להיות נימוקים להציע את הצעתו בצורה שבחר בה. המניע העיקרי למדיניותו העיסקית המתבטאת בהציעו תוספת חנם על הצעת המצרך הוא הקסם שרעיון השי מעורר בציבור הלקוחות. נימוק אחר עשוי להיות זה, כי, אילו הציע את המצרך לבדו במחיר זול יותר רק לרוכשים אותו בכמותו גדולה או לרוכשים תוך תקופה מסוימת, לא ינעם אחר-כך לשלם תמורה מוגברת לאלה שמסיבה זו או אחרת אינם רוכשים בכמות ובתקופה ההן. נמצא כי השקילות בין שתי הצורות שהעסק הכולל עשוי ללבוש אינה שקילות לכל דבר.

מכל-מקום, אין צורך שיתקיימו נימוקים אלה או אחרים לביסוס ההצעה המורכבת שהספק הציע למעשה. לפי העיקרון על חופש ההתקשרות, הספק הוא בן-חורין להציע את הצעותיו כרצונו, ואין נפקא מינה אם אף דרך אחרת היתה מביאה אותו למחוז-הפצו, והיא קלה יותר או מתאימה יותר. הניצע בן-חורין מצדו לקבלן או לא לקבלן, אך לא לקבלן לפי משמעות שונה ממשמעותו, אף אם ביכולתו להוכיח שאין השינוי לרעת המציע.

עוד דבר לאותו עניין: עד כה הנחנו כי מבטיח התוספת הוא הספק עצמו. אך מבחינה משפטית אין מניעה כי א יבטיח מתנה לאלה שיכרתו חוזה עם ב, ולמעשה לעתים קרובות היצרן מבטיח תוספת לרוכשים מצרך מתוצרתו מקמעונאי (וזה האחרון עשוי לאמץ הבטחה זו, כלומר: להוסיף הבטחה זהה מצדו או לא להוסיפה)¹⁸. ברגיל אף את התוספת שהבטיח היצרן ימסור לצרכן הקמעונאי, ספק המצרך.

היצרן אינו מקבל כל תמורה מהצרכן עבור תוספת המתנה, ואילו התמורה — אולי תמורה מוגדלת — שמשלם הצרכן לספק-הקמעונאי היא עבור המצרך בלבד, כיוון שלא הספק הוא מעניק התוספת.

יהיה זה עניינם של היצרן והקמעונאי — אשר הצרכן זר לו — להחליט אם במחיר שמשלם הקמעונאי ליצרן יתחשבו בעלות התוספת ליצרן המספק אותה.

יש להניח כי אף חסידי האסכולה המוניסטית יודו שבמקרה זה קיימות שתי עיסקאות נפרדות וכי עיסקת היצרן עם הצרכן היא מתנה מובהקת. אף אם גם כאן, בסופו של דבר, על-ידי המחיר הנדרש ממנו יממן הצרכן מצרך ותוספת גם יחד, מבחינה משפטית אין לומר שחלק ממחיר זה ייחשב תמורה לתוספת.

¹⁸ אפשר שכך היה גם בפרשת אסו. בפסק-הדין מוסרים (בעמ' 3) על הפרסומת שעשתה החברה בעיתונות ובטלביזיה על חלוקת המטבעות במתנה לרוכשי הדלק. כיוון שאין מזכירים את לשון ההכרזה, אין לקבוע בוודאות אם היתה כאן פנייה לציבור שבמשפטנו היתה נחשבת הצעה חוזית למתנה.

הודאתם המשווערת הנ"ל של חסידי האסכולה המוניסטית עלולה להחליש את כוח טענתם ההפוכה כאשר מבטיח התוספת וספק המצרך מזדהים.

יכול להיות כי בהצעת העיסקה שהציע הספק יש משום הטעיה. זאת במקרה שבו קבע הספק כי מחיר המצרך שבהצעתו המורכבת הנו המחיר הרגיל שהוא דורש, ואילו הדבר לא נכון. אך גם במקרה זה אין ביכולתו של הצרכן לקבל את ההצעה כשינוי שיסיר ממנה את ההטעיה שבה. ההטעיה בעניין המחיר הרגיל של המצרך מוכיחה שההצעה היתה מכוונת דווקא להיות כלשונה. אם הצרכן קיבל אותה בהשפעת ההטעיה, ביכולתו לבטל משום כך את רכישתו^{18**}.

כללו של דבר: השוללים את המתנה מאמינים לקלוע למציאות הכלכלית מעבר לחזות החיצונית בתרגום את לשון החוזה הנכרת ללשון אחרת. אך בתרגום זה למעשה מתרחקים מן האמת החזית ומסלפים את משמעות החוזה כפי שעיצבו אותו הצדדים. דבר זה אינו מותר לפרשן. אף כאשר החוזה אסור ומשום כך פסול ובטל אין להמירו לחוזה אחר, אלא אך ורק לקבוע את בטלותו. המקרים שבהם נזקקים להמרה כזאת יוצאים מן הכלל, ולכן טעונים הוראה מפורשת¹⁹.

אף כאשר שני מצבים שווים מבחינה כלכלית, אין זאת אומרת שהם היינו הך לפי השיקול המשפטי המתחשב בתבנית שבחרו בה הנוגעים בדבר. כמו כן אפשר שעל שני מקרים יחול דין אחד גם אם מבחינה כלכלית קיים שוני בולט ביניהם. למשל, לפי תורת ה-consideration האנגלית עשוי להיחשב חוזה בתמורה כהלכתה לא רק זה שיש בו תמורה של ממש אלא גם חוזה בעל תמורה המתגלית כמדומה בלבד.

אולי ישאל כאן השואל: אם כך הדבר, כיצד נסביר שלדברים ישנה ההשקפה — ועוד לפני הסברה המודעת, ההרגשה — ההפוכה?

נטיית הבריות הטבעית היא להכללה. התופעה המצויה, הטיפוסית, מכרעת בעיניהם ומצילה על המקרים החריגים. אגב מושג המתנה נוכחנו שמציינים אותה כביטוי של אלטרואיזם, אף אם סגולה זו, הטיפוסית והתקינה, אינה בכל זאת הכרחית. כמרכן קיימת הנטייה להתעלם מן המקרים שלפי מדיניותו העיסקית הספק יהיה נותן מתנות. כשהמצרך מסופק בתמורה והתוספת ניתנת חינם, מבקשים לאזן את שתי העיסקאות לא רק על-ידי התלות שהצדדים קבעו בין אחת מהן ובין האחרת, אלא עד כדי מיוונו לעיסקה אחת שבה כל מה שמקבל הצרכן נחשב כמגיע לו בתמורה. בזה מסכמים את תוצאות כל העסק ולא מנתחים אותו בעיין האנליטי היפה לדיון המשפטי. משל למה הדבר דומה? נניח שמגישים לסועד מנה עיקרית מלוחה ועל-ידיה תוספת תפלה. האוכל אותם ביחד לא ירגיש טעם תפל בפיו, כאילו לא אכל גם מאכל תפל. אבל הוגשו לו שני מאכלים שאחד מהם היה כזה.

ראויה להערה מיוחדת היא משמעותה של שלילת המתנה בפסיקה האמריקנית על הטעיית הצרכן²⁰. הם רואים כי קיימת הטעיה כזאת בפרסומת הספק המדברת על מתנה בלי לומר או בלי להטעים כי מתנה זו היא מותנית בתנאי (רכישת המצרך) ואינה נוגעת לעסק השלם, המורכב מן המצרך והתוספת גם יחד²¹. כאשר הם מציינים את מסקנתם

18** על הטעיית הצרכן ידובר להלן, סעיף ט.

19 ראה, למשל, סעיף 2(ב) לחוק המשכון, תשכ"ז-1967; סעיף 38(א) לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981.

20 לפי החיקוק המאוחר לעיל, הערה 5.

21 על פסיקה זו ראה גם להלן, סעיף ט.

בשלילת מתנה, סתם, אין בשלילה זו בהכרח נקיטת עמדה בשאלה אם לגבי התוספת אינה קיימת מתנה — בתור מתנה על תנאי²².

ה. הבטחת מתנה או הנחה במחיר

המקרה שבו אנו דנים פה קיים כאשר הספק מנציח תוספת חינם, הומוגנית או הטרוגנית, לרוכש מצרך, על-פירוב רק לרוכש מצרך בכמות מסוימת. שונה המקרה שלרוכש מצרך בכמות מסוימת הוא נותן הנחה בתמורה (מחיר או שכר) שיקבל ממנו. ההבדל ביניהם הוא בהחלתו או באי-החלתו של דין המתנה.

להבחין בין שני המקרים קל ופשוט בהרבה מקרים אף אם לא תמיד. לפי פרשנות סבירה להצעת המוכר, בהשערה שאין מציעים דבר חינם, יש להבין שמדובר בהנחה כמשמעות לקונה שלושה פריטים במחירים של שניים או שאומרים: המשלם בעד שניים יקבל שלושה. לעומת זאת, לכאורה מתכוונים למתנה כשמכריזים: המשלם בעד שניים יקבל אחד נוסף חינם. השימוש או אי-השימוש כלשון מתנה לא יהיה מכריע כשקיימים יסודות או נסיבות ככיוון ההפוך. כך, למשל, אם בדוגמא האחרונה הנוהג הוא כי שלושת הפריטים הנדונים ניתנים לצרכן בבת-אחת וללא הבחנה בין השניים הנמכרים לו ובין השלישי הניתן לו במתנה, תהא המסקנה כי על שלושתם יחול המכר.

אך יש מקום לספק בפני נוסחאות כגון "הקונה תריסר בקבוקים יקבל אף שש כוסות"; "הקונה במאה שקל יקבל בנזם שעל-ידו יבחר סחורה נוספת בשווי עשרה שקלים". כאן השאלה היא שאלת פרשנות. אילו כמשפטנו היה איסור על התנאת תוספת כמתנה, כי אז היה מקום להתחשב בכלל הפרשני הנודע: עדיף הפירוש המציל את העיסקה (סעיף 25(ג) לחוק החוזים הכללי). אך, כיוון שהמשפט בישראל אינו גורס איסור כנ"ל, דוגמת שיטות-משפט אחרות, נצטרך להיעזר בקריטריונים אחרים כדי להכריע בשאלה. נתחשב בכך, אם, בנסיבות הפרשה, ההטבה היא דבר רגיל ומקובל או מקרה חריג וארעי. ניטה להנחה במקרה הראשון ולמתנה ככל שמדובר במבצע חד-פעמי, לשם הכנסת מוצר חדש לשוק, וכיוצא בזה.

ו. מעין מתנה

התוספת המוענקת לצרכן עשויה להיות לא רק הקניית נכס אלא גם מתן שירות, בין שהעיסקה העיקרית היא על נכס ובין שהיא מתן שירות. וכשאנו אומרים שירות, יש שהכוונה היא לשירות מצד הספק עצמו, אך אפשר גם שמדובר בשירות של אדם שלישי שהספק מתחייב להשיג את ביצועו או הבטחת האדם השלישי לתתו. למשל: אפשר שהחנווני יבטיח הובלת הסחורה הביתה בחינם²²; ובמכירת מכונה

22 ראה *Book-of-the-Month Club v. Federal Trade Commission* 202 F2d 486, 488-489 (1953) בפסק-דין אחר, *Fed. Trade Commission v. Mary Carter Paint Co.* 382 U.S. 46, 86 S. Ct. 219, 221 (1965) אמנם דחו את קיום המתנה משום שמחיר המצרך היה גבוה ממחירו הרגיל אך לא אמרו בכל-זאת כי השקילות הכלכלית הנדונה בין צורת היצוג שנקט הספק ובין מכירה כוללת בתנאים רגילים כשלעצמה שוללת מתנה.

*22 התנווני לא יהיה משום כך שומר חינם, כי הוא מקבל "טובת הנאה אחרת לעצמו" בכך, שבמתן את שירותו חינם הוא מקדם את עסקיו.

לעתים קרובות מתחייב המוכר להשגיח מזמן לזמן על תפקודה התקין. ובייחוד כשהתוספת ניתנת בצורת הגרלה, הפרס עשוי להיות "כרטיס-טיסה", כלומר: חוזה להובלה שהספק מבטיח להשיג מחברת-התעופה, או אירוח בבית-מלון שגם כן הוא ידאג להשיגו לצרכן.

בשיטות-משפט רבות אין שירותים כאלה נחשבים בגדר מתנה אף כשהבטחה להם ניתנת חינם. כך, למשל, נובע ברורות מהגדרת המתנה הנכללת בסעיף 894 לספר החוקים הצרפתי²³. בדרך זו הלך גם סה"ח האיטלקי משנת 1865 (סעיף 1050); ואילו סה"ח משנת 1942 הוסיף על הגדרתו את המתנה כמעשה דיספוזיציה של הנותן: "או נטילת התחייבות על עצמו" (סעיף 769). משום כוח המסורת הקודמת לא חסרו הפרשנים-המפרשים גם את ההוראה הזאת פירוש מצמצם בטענה כי מתן שירותים אינו מגדיל את רכוש המקבל. כנגדם העירו אחרים כי זכות שתוענק לקבל שירותים היא זכות מזכויות הרכוש²⁴. כשאין מתחשבים בזכות כזאת בהגדרת המתנה, המסקנה כי על-אף השקפת המתנה כהוספה על רכוש המקבל, לא כל הוספה תיחשב כמתנה.

על השיטות הרואות כמתנה רק עיסקה המכוונת לקניין נמנה גם המשפט הישראלי²⁵, לפי הגדרת המתנה בסעיף 1 לחוק המתנה וההבחנה שבו בין מתנה לאלתר ובין התחייבות למתנה. משום-כך לא נוכל לראות את התוספת הנדונה כשהיא נוגעת לשירותים, של הספק או של אדם שלישי, ככפופים לחוק המתנה.

בכל-זאת ברורה הקרבה בין המתנה לפי חוק המתנה ובין המקרה הנדון. שנוכל לקרוא לו "מעין מתנה". גם זו וגם זו הן עיסקאות חינם ובכל-זאת תקפות לפי משפטנו: המתנה משום הכרתה המפורשת בחוק, וה"מעין מתנה" משום עקרונות שיטתנו המשפטית על חופש ההתקשרות. גם ב"מעין מתנה" יש להחשיב את סופיות היתרון שבכוונתו של הנותן להעניק למקבל כמבחן שלפיו נדחה את תחולת החוק על עשיית עושר ולא במשפט. כמו-כן, גם כאן אין לדרוש כוונה אלטרואיסטית של הספק כדי לראות את הבטחת התוספת כעיסקה-חינם שאינה נספגת לתוך העיסקה בתמורה שברכישת המצרך.

ולבסוף, על היחס בין תוספת שהיא "מעין מתנה" לעיסקה העיקרית יחולו שיקולינו דלעיל (סעיף ד) על היחס בין תוספת מתנה לרכישת המצרך.

מצד אחר לא נראה לנו שיש להקיש מחוק המתנה לשם תחולת דינים מיוחדים למתנה על עיסקת התוספת.

במקרה שלנו אין דרישה לצורה הכתובה הנקבעת לגבי המתנה ואין רשות לנותן לחזור בו מהענקתו לפי סעיף 5 לחוק המתנה. השיקול לכך אינו רק השיקול הפורמלי שדין הצורה הוא דין יוצא-מן-הכלל והרשות לחזרה היא רשות יוצאת-דופן, כאשר בדרך-כלל מהססים להיזקק להיקש מהוראות כנ"ל. קיים גם שיקול מהותי יותר.

23 וראה על כך "Donation", III, *Encyclopédie Dalloz, Droit Civil*, סעיף 44. גישה שונה מקובלת במשפט ארצות-הברית, שם גם שירותים נחשבים נושא למתנה. ראה *Hightower v. Trinity Church of Covington* 313 SW2d 858, 859-860; *In re Payne's Appeal* (1895) 32 A 948, 949; *Am. Jur.* 2d vol. 38 "Gifts", § 39 (1968); Corbin, *Contracts* (one vol., St. Paul, 1952), § 234, § 566.

24 לדיון רחב בשאלה לפי המשפט האיטלקי ראה B. Biondi (*supra* note 14) § 126, p. 389, sqq.

25 ראה ראבילו (לעיל, הערה 16), סעיף 42, עמ' 65, הדוחה מגדר החוק הבטחת שירות-חינם מצד הנותן. בצטטו את רשימתנו "על חוק המתנה" משפטים א (תשכ"ט) 639, 642. ראה גם פרידמן (לעיל, הערה 4), 39.

אולי טוב היה עושה החוק אילו בהגדרת המתנה התחשב בכל הזכויות הבאות להוסיף על רכוש המקבל²⁶ ולא רק "בנכסים"²⁷. אך, מבחינת הסכנה הכרוכה במתנה, יש להורות כי להוראות הנדונות נועד תפקיד חשוב במיוחד כשמדובר במתנת-קניין דווקא. הנותן עלול להתערטל מכל נכסיו, עד כדי מחסור גמור, והחוק שלנו מרשה לו לתת במתנה גם את נכסיו העתידיים לבוא, ללא הגבלה. בפני אפשרות זו סביר למדי כי על המבקש להתחייב למתנה תוטל צורה חגיגית בתור הזמנה להימלך בעוד מועד ואף כי לא תינצל לחלוטין הדלת בפניו לנסיגה אחרי-כך, בנסיבות מסוימות.

מצבו של מבטיח שירותים אינו כזה. אמנם גם לו יפה הזהירות, אך סיכנונו אינו דומה לסיכון הנ"ל; ואם יטול על עצמו חיוב כבד מנשוא, השולל את חירות האדם, התחייבותו תיפסל מכוח תקנת-הציבור.

יצוין שגם על ערבות שניתנה חינם (אשר אף היא "מעין מתנה") לא תחול הוראת הצורה. ואשר לרשות הערכ לחזור בו מערבותו, היא נשללת עקרונית בסייג המפורש שבסעיף 15 לחוק הערבות, תשכ"ז-1967. מצד אחר, לגבי הבטחה לשירות של הספק או של אדם שלישי, אין מקום למיתון האחריות המקובל במקרה של מתנה לאלתר. במקרה זה אחרון סבורים שאין הנותן אחראי לפגמים שבנכס שהוא מוסר למקבל, כיוון שהוא מוסר אותו כמות שהוא²⁸. בזה אין דמיון להבטחת שירות.

המסקנה דלעיל, שאין להקיש מן הדינים המיוחדים למתנה, מפוקפקת יותר בעניין חזקת ההסכמה של המקבל. חזקה זו היא טבעית למדי במקרה של כל הצעה לטובת-הנאה הניתנת חינם. אולי גם כאן אין מקום להיקש מהוראת סעיף 3 לחוק המתנה, פשוטו כמשמעו. אך, במקום השערת הדין, בנסיבות הרגילות תבוא השערה המבוססת על פרטי הפרשה.

ז. פרס בהגרלה

מבין הלקוחות יש המעדיפים הנחה במחיר או מתנה המצורפת לכל רכישה מצדם מאשר הגרלת פרס. מצד אחר, בחירת דרך זו חרשה לספק להגדיל את חשיבות השי שהוא מציג בפרסומתו. וגם המתח הנוצר על-ידי הגרלה משווה כוח-משיכה לרבים²⁹. אך בולמוס זה למתח אינו נחשב טעם בריא בחברה. היחס להגרלה שיש למשפט הוא שלילי עקרונית. המשפט מוכן לוותר על הסתייגותו או להתפשר אתה רק בנסיבות מסוימות. מכאן מגוון הפתרונות הננקטים בחקיקה.

לפי דינינו הנוהגים, ההגרלה עשויה להיות משלושה סוגים. סוג אחד הוא ההגרלה האסורה. הנחשבת עבירה פלילית. בקצה ההפוך ישנה ההגרלה שהיא חוזה כדת וכדין.

26 בזה היה מברר, בין היתר, שגם ה"מעין מתנה" הנדונה כאן תיכלל בין הפעולות שהורים ואפיטרופסים אינם מוסמכים לייצג בן קטין או חסר ללא אישור מבית-המשפט (סעיפים 20 ו-47 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962).

27 במגמה להערכת-יתר של המומנט הקנייני לפי המסורת שנתקבלה גם במשפט הישראלי נגענו במאמר "על מהותו של קיום החיוב" משפטים טו (תשמ"ה) 21, 35.

28 בהיבט אחד למיתון הנ"ל, בנוגע לפגם בזכות הנותן, נגענו ברשימה "על פגיעותה של זכות הנמחה מצד הממחה והחייב" משפטים יח (תשמ"ח) 5, 14.

29 ראה על כך שיקוליו של השופט ויהקון בע"א 251/64 גונשיורוביץ נ' מפעל הפיס, פ"ד יט(3) 286, 292-293.

התקף לגמרי. ובאמצע – ההגרלה שהיא מותרת, אך לא אכיפה²⁹. המקרה הראשון הוא זה הנדון בסעיפים 224–235 לחוק העונשין, תשל"ז–1977, ובמישור האזרחי יחולו עליו סעיפים 30–31 לחוק החוזים הכללי. הסנקציה הפלילית מוטלת כאן רק על הספקים בתור מארגנים ועורכים ולא על הלוקחות בתור משתתפים בהגרלה (סעיפים 225, 227–228 הנ"ל). אחריותו הפלילית של הספק אינה דורשת ביצוע ההגרלה או כריתת חוזה להגרלה, כי די בעצם ההצעה לכך (סעיף 227). האיסור האזרחי נוגע לחוזה, אך, הודות לסעיף 27(ב), חוזה להגרלה שבו אין דבר הסותר את השערת ההוראה הזאת ייחשב כמותנה על התנאי שיתקבל ההיתר לפי סעיף 231 לחוק העונשין ולכן לא כחוזה אסור.

המקרה השני הוא זה שבו ניתן היתר. היתר שניתן בחוק מן החוקים כגון החוק להסדר הימורים בספורט, תשכ"ז–1967, או על-פי סעיף 231 לחוק העונשין מטרה את ההגרלה מאופיה האסור והופך אותה לאכיפה ככל חוזה תקף על-פי סעיף 32(ב) לחוק החוזים הכללי.

מקרה הביניים (סעיף 32(א) לחוק החוזים הכללי), שבו החוזה אינו עבירה אך גם אינו אכיף, קיים כאשר אין היתר אך קיימים התנאים (המצטברים) שסעיף 230 דורש. כיוון שהספק נוהג לפנות לציבור הרחב, מאוד קשה כי בענייננו יתקיים התנאי הראשון, שההגרלה תיערך כשהיא מכוונת לחוג אנשים מסוים. והוא הדין גם לגבי התנאי השני, שההגרלה לא תחרוג מגדר שעשוע או בידור³⁰. כשהחוזה אינו אסור, במקרה הנדון, מן החוזה יקבל הצרכן את הזכות להשתתף בהגרלה וזכות זו תהפוך זכות לפרס אם יזכה בהגרלה. הזכות שההגרלה תיערך כדבעי, בהשתתפותו בה, צומחת לצרכן עם רכישתו את המצרך.

למתן ההיתר הנדון בחוק העונשין מוסמך שר האוצר, ואף אם הסייג לא השתקף בנוסח החוק, הדעה שהיתה מקובלת עד הזמן האחרון היא שאת ההיתר הוא יתן רק לגופים שהציבור מעוניין במימונם. דעה זו גלומה בדברי ההסבר להצעת החוק לחיקון דיני העונשין (משחקים אסורים, הגרלות והימורים), תשכ"ג–1963³¹. נאמר בהם: "סעיף 7 נותן אפשרות לעריכת הגרלות והימורים בעלי אופי ציבורי על פי היתר מאת שר האוצר. רשות כזאת ניתנת כיום להגרלות כגון לטובת מגן דוד אדום, הועד למען החייל, מפעל הפיס וכו'". נרמז על אותה דעה גם בכנסת, בדברי ח"כ ברוך אזניה בוועדת החוקה, חוק ומשפט: "הכוונה היא לאותן הגרלות או הימורים שיש להם מטרה ציבורית או ממלכתית, כגון מפעל הפיס או הגרלות מגן דוד אדום, או סוגים אחרים של הגרלות, שנועדו לטובת הציבור או לטובת המדינה"³². משום-כך, כאשר המנהל ערך הצעת חוק על הליכות המסחר, תשל"ב–1972³³, וביקש שתינתן האפשרות להחיר אף הגרלות מסחריות, הציעו (סעיף 44) כי שר-התעשייה והמסחר ב"התייעצות עם שר האוצר" יסדיר בצו "עריכת הגרלה [...] בין לקוחות דרכי מכירתם והפצתם של

29 ראה על כך ג' שלו, 'תוכן החוזה' פירוש לחוקי החוזים (המכון למחקרי חקיקה ע"ש הארי סאקר, ג' טדסקי עורך, תשמ"ח) 195 ואילך.

30 על פרשנות הפסיקה בעניין ראה ע"פ 328/72 עבאס ג' מ"י, פ"ד כז(2), 94, 97; בג"צ 696/80 צדוק ג' מפקד משטרת מחוז הנגב, פ"ד לה(2), 281, 283.

31 ה"ח 568 תשכ"ג, 321.

32 ראה דברי הכנסת, כרך 38, ישיבה מיום 20 לינואר 1964, 830.

33 ראה ה"ח 991 תשל"ב (26.3.72), 202.

כרטיסים, או דבר אחר הכאים להעיד על זכותו של לקוח להשתתף בהגרלה [...]. הצעת חוק זו לא נתקבלה בכנסת ואף לא זכתה לקריאה ראשונה. במצב זה משרד-האוצר המשיך שלא לחלק היתרי הגרלה לסוחרים, ואף אלה, כנראה, לא הגישו בקשות לקבלם, בלי לוותר משום-כך על הכרזת הגרלות בין לקוחותיהם³⁴. אולי לא היו מודעים לעבירה שהם מבצעים או אולי בטחו כי, למרות החוק, לא יאונה להם כל רע. לאור הניסיון שאחרי פרסום הגרלות לא באו תלונות לפרקליטות-המדינה ותביעות מצדה.

סוף-סוף במשרד-האוצר שמו לב להפרת החוק הנעשית קבל עם כהפרת קבע. מצאו את הפתרון בפותחם את שערי ההיתרים גם לסוחרים, כיוון שבחוק אין איסור לכך³⁵. בשנת 1988 הוועדה המייעצת לעניין הגרלות והימורים במשרד-האוצר פרסמה "כללים לעריכת הגרלה לצורך פרסומת מסחרית" המפרטים את התנאים אשר היתר שיינתן תלוי בקיומם (ואם באוצר נוכחים שאינם קיימים בשעת הבקשה, היתר לא יינתן). אחד מהם הוא שלא ידרש תשלום בכסף או בשווה כסף עבור הזכות להשתתף בהגרלה. תנאי נוסף הוא כי, כאשר הותנתה השתתפות בהגרלה בקניית טובין או שירותים, לא יעלה מחיר הטובין או השירותים על מחירם של טובין או שירותים דומים שמבצע ההגרלה סיפק או הציע באותה עת. וכמורכב, במשך התקופה שבה נערכת ההגרלה, לא יספק הספק ולא יציע טובין או שירותים דומים ללא מתן הזכות להשתתף בהגרלה. יחד עם זאת, החלו בהגשת תלונות נגד הסוחרים המבצעים הגרלות ללא היתר אף לאחר שהוזהרו.

כאשר אין היתר וההגרלה אסורה, או שבלי היותה אסורה אין המשתתף רשאי לקבל אכיפה או פיצויים (סעיף 32(א) לחוק החוזים הכללי), נמצא הצרכן מאוכזב אם סמך על דברי הפרסומת של הספק בלי לדעת מהו הדין או בהאמינו שהספק הצטייד בהיתר. במקרה של סעיף 32(א) הנ"ל, מצבו גרוע עוד יותר מאשר במקרה של איסור: במקרה אחרון לא יחול סעיף 31 שבעניין של חוזה אסור מעניק לבית-המשפט את הסמכות לאכוף את החוזה. אולי משום השוואה זו בין שני המקרים יימנע בית-המשפט מלהפעיל את סמכותו לפי סעיף 31. כנגד נימוק זה לא-הפעלתו, יהיה אולי מקום לשיקול שהצרכן האמין בתוס' לב כי הספק, כאשר פרסם הכרזה על הגרלה, השיג כבר מראש היתר כחוק, על-פי סעיף 231(א) לחוק העונשין. ואולם, אם ההגרלה טרם בוצעה, בית-המשפט לא יתן יד לעשיית מעשה בלתי-חוקי. שונה במקצת המצב אם ההגרלה כבר בוצעה ופלוגי זכה בה ודורש עכשיו את הפרס.

אם הספק נתן להאמין לצרכן שההגרלה היא כדין ואילו אין לו היתר, ייתכן שיהיה מקום לתחולת סעיף 12 לחוק החוזים הכללי, ועל-סמך זה הצרכן יקבל פיצוי. לצרכן שהאמין כי ההגרלה היתה כדין ותקפה, וגילה שלא כך הדבר, אפשר שתהא עילה לביטול עיסוקתו העיקרית. העיסקה לרכישת המצרך, משום טעות או הטעיה (ראה גם

34 לפיכך, למשל, "קואופ ירושלים, אגודה הצרכנית השיתופית" פרסם "תקנון המבצע תכנית ההגרלה", על אי-הפעלת החוק ראה א' קסטנבאום, "הצעת חוק הליכות מסחר – חידושים ותקלות בתחרות הוגנת והגנת הצרכן" עיוני משפט ג (תשל"ג/ד) 849, 867.

35 בבג"צ 131/65 סביצקי נ' שר האוצר, פ"ד יט(2) 369, 376–377, בית-המשפט קובע במפורש שהמחוקק בסעיף 231 לחוק העונשין לא הגביל מראש את שיקול דעת השר לגופים שייעדו את הכסף למטרות ציבוריות. מצד אחר מעירים שזה שיקול שניתן להתחשב בו וכן שמטרת החוק היא להגן על הציבור מפני עורכי הגרלות, כך שאסור להכשיר הגרלות כדבר שבשגרה.

להלן, סעיף ח). במקרה שלא תבוטל העסקה העיקרית, נשאלת השאלה אם, כאשר ההגרלה מתגלית כבטלה, אינה מגיעה לו השבה כלשהי. בהתאם לדעתנו שמדובר כאן בשתי עסקאות נפרדות, שהתמורה שנותן הצרכן נוגעת אך ורק לעסקה העיקרית שלו ואין בה שום מרכיב הנוגע למתנה (או "מעין מתנה") המתוספת, אין אנו רואים מקום לכל השבה.

אפשר כי, בקשר להגרלה האסורה ללא היתר, הספק ינסה לשלול את אחריותו לצרכן שלא ידע שההיתר דרוש (או שבטח כי הספק השיגו), בהסתמכו על סעיף 27(ב) לחוק החוזים הכללי. אילו היתה תחולה לחוקה הנקבעת בו, העסקה על התוספת בהגרלה היתה תלויה בהשגת ההיתר, ואם ההיתר לא יושג – לא תחייב. נראה לנו כי טענה זו ראויה להידחות. יסוד הגיוני לחוקת החוק הוא ששני הצדדים היו מודעים לדרישה להיתר וידעו שטרם הושג. הנסיבות שהנחנו – אי-מודעות הצרכן בצורך בהיתר או אמונתו שהספק הצטייד בו כבר – מקעקעות יסוד זה.³⁶

ההיתר המנהלי הנדרש, כוחו יפה לחולל מהפך גדול: להפוך חוזה הגרלה, שבלעדיו היה אסור לפי החוק הפלילי ולפי חוק החוזים לחוזה כדין, תקף לכל דבר. לכאורה, סביר למדי שיינתן גם לחולל מהפך מתוך יותר: להעביר חוזה הגרלה ממשבצת סעיף 32(א) למשבצת סעיף 32(ב), כלומר: להפוך חוזה כדין, אך לא אכיף (דהיינו: חוזה שהוראות החוק הפלילי אינן עוסקות בו) לחוזה אכיף. אמנם, לפי ההנחה העובדתית שבסעיף 230 לחוק העונשין אין לזוכה עניין רב בפרס, אך עוד פחות יכביד על המפסידים ההפסד המחולק ביניהם.

מבחינה מופשטת העלאת החוזה מדרגת סעיף 32(א) לדרגת סעיף 32(ב) היתה אפשרית על-ידי הוראה עצמאית, המקבילה לסעיף 231(א) או על-ידי היקש מהוראת הכשר זו על העניין הנדרש. אך, לפי הדין הנוהג, אין הוראה עצמאית כנ"ל. למחוקק הפלילי לא היה טעם לעסוק בעניין, וחוק החוזים אינו דן בו. ואשר להיקש מסעיף 231(א), לא נראה לנו שהוא ייתכן. סעיף 231 נועד לפטור הגרלה מתחולת חוק העונשין ותו לא. סמכות השר מוגבלת למקרה הנדרש בהוראה המסמיכה אותו, והוא אינו מוסמך לתת היתר למעשה חוקי שממילא מותר לבצעו (אף אם לא ניתן לאכפו בכית-המשפט). אם תוגש לו בקשת היתר בנוגע לחוזה הנדרש בסעיף 230, עליו לדחותה. נניח כי בכל זאת הוא יעניק את ההיתר במקרה הנראה לו טעון היתר וכי אחר-כך בית-המשפט יפסוק שהוא נכלל בהנחת סעיף 230. התוצאה הבלתי-נמנעת היא שההיתר בטל. ובכן, לא מן הגורן ולא מן היקב.

ח. הקשר בין שתי העסקאות: כריתתן וגורלן

במקרה הטיפוסי, הרגיל, אין לראות את הצעת המתנה של הספק כמופנית רק לאלה שכבר רכשו או רוכשים כעת את המצרך. לא בהצעה מותנית כזאת מדובר, אלא בהצעה בלתי-מותנית למתנה שהיא מותנית ברכישת המצרך. מקיבול (במפורש או לפי השערת

36 בפסקי הדין שיצאו על סעיף 27(ב) אין דיון בעניין, אך למעשה בכל הפרשיות הנדונות בהם התקיימה ידיעת הצדדים על חוסר האישור הדרוש ועל הצורך בהשגתו. ראה, למשל, ע"א 220/83 חברת א' רוטנברג נ' חברת פלמה, פ"ד לט(2) 372; ע"א 767/77 בן חיים נ' כהן, פ"ד לר(1) 564; ע"א 278/78 אמפא נ' רום כרמל, פ"ד לג(1) 29; ע"א 62/77 סוכנות מכונות לים התיכון נ' קראוס, פ"ד לא(3) 695.

סעיף 3 לחוק המתנה) להצעת הספק בעניין התוספת לא תנבע לצרכן כל חובה לרכוש את המצרך. רכישת המצרך היא תנאי למתנה ולא חיוב שהיא תטיל עליו, אף לא חיוב צדדי שקוראים לו *modus* (ובעברית – נטל³⁷) הבא בעיסקות-חינם כמתנה³⁸ וכצוואה, בתור גבול ("גבול" הוא משמעו של המונח *modus*) להטבה.

כל עוד הצרכן לא קיבל את הצעת הספק הנ"ל, יוכל זה לחזור בו מהצעתו לפי סעיף 3(א) לחוק החוזים הכללי. אך, אף כשנתקבלה הצעתו, ביכולתו לחזור בו מהמתנה כל עוד לא שינה הצרכן את מצבו על-ידי רכישת המצרך (סעיף 5(א) לחוק המתנה). לפי השיקול דלעיל על מהותה של הצעת הספק הנדונה, אפשר שהעיסקה העיקרית והמתנה ייכרתו בריזמנית או שקודם תיערך המתנה (כמתנה על תנאי), ואחר-כך – רכישת המצרך; אך ייתכן גם שהסדר בין שתי הכריתות יהיה הפוך. לצרכן שלא ידע עד אז על הכרזת המתנה ניתן לקבלה אף אחרי רכישת המצרך. אולי ישיגו על כך שבמקרה זה אין המתנה ממלאת את התפקיד שאליו הועידה הספק בהכרזתו עליה, כלומר: לשמש מניע לרכישה. אך הספק לא הגביל את הצעתו לפי ההנחה שהמתנה תהא לגורם הרכישה, למעשה. אין להעלות על הדעת שניתן לספק לסרב למסירת המתנה בהוכיחו שהצרכן היה רוכש את המצרך אף אילו לא הובטחה לו כל מתנה. אם נניח שיעוצו לספק לסייג את דברי הצעתו, בתלותו את המתנה במקרה שתניע את הצרכן לרכישה, מן הסתם לא יקבל עצה זו בראותו אותה כגורעת מכוח המשיכה שהוא מבקש לשוות לפרסומתו לציבור. גם ההגינות ותום-הלב מתנגדים לכך, שהספק יתנכר להבטחתו לאחר שקיבל את מבוקשו.

המקרה שכריתת המתנה קודמת לכריתת העיסקה העיקרית מסתבר כמקרה שכיח אצלנו, כתוצאה מצירוף שני כללים: הכלל שפנייה לציבור עשויה להיחשב כהצעה (סעיף 2 לחוק החוזים הכללי) וחוקת הסכמה מצד מקבל מתנה (סעיף 3 לחוק המתנה). כיוון שבמשפט האנגלי חסרים שני הכללים האלה גם יחד, לא כך היה יכול להיות המצב לפי אותה שיטה אשר בעניין זה היתה גם המשפט הנוהג בארץ עד לחוק החוזים הכללי משנת תשל"ג. גם בפרשת אסו, בבית הלורדים הניחו שלפי הדעה המקובלת פנייה לציבור מצד מוכר סחורה אינה נחשבת כהצעה אלא כהזמנה להצעה³⁹. נמצא אפוא שהמקרה הנ"ל היה מתקיים אך ורק אם אחרי הכרזת הספק בדבר המתנה יציע לו צרכן לכרות איתו את חוזה המתנה, והספק יסכים לכך – הכול לפני כריתת חוזה ביניהם בעניין העיסקה העיקרית: מהלך דברים בלתי-מציאותי.

ההצמדה בין שתי העיסקות היא הצמדה חד-צדדית: הצמדת התוספת לעיסקה העיקרית, ולא להיפך. המתנה לא תוכל להיות ביצועית ללא רכישת המצרך. לעומת זאת, אין לראות מניעה שתתקיים רכישה זו לבדה, כשהצרכן אינו יודע על הצעת המתנה או שאינו מעוניין בה.

37 על השימוש במונח עברי זה במשמעות הנדונה עמדנו במאמר "הנטל ובעיית האונס והסיכול" משפטים טז (1987), 335, 341, שבו הצענו לאמור כאן, במקום "נטל", היטל – להבדיל משימוש ב"נטל".

38 ראה סעיף 4 לחוק המתנה, המגביל את הטלת חיוב זה על המקבל בכך שיחול על דבר המתנה. על הגבלה זו ראה ראבילו (לעיל, הערה 16), 59, עמ' 95.

39 שם, עמ' 5-7. בכיוון אחר פסק לורד הולט במשפט הנודע *Lane v. Cotton* (1701) 12 Mod. 484, שם, עמ' 7-5. על כך ועל השאלה בכללה לפי המשפט האנגלי עמדנו במקום אחר (מסות במשפט [תשל"ח], 84, 90; ועוד הערה במאמר "ארכיון הרופא וזכות המטופל" עיוני משפט יא (התשמ"ז) 423, 429).

עצם ההצמדה הנ"ל עשויה ללבוש יותר מצורה אחת. אפשר להבינה כחליית התוספת בכך שנכרת חוזה רכישה או בכך שהרכישה קיימת בשעת דיונו בעניין. אמנם, גם למקבל את הגישה הראשונה קשה לטעון שהתנאי למתנה מתקיים אף אם עיסקת הרכישה שנערכה בטלה היא מעיקרא, כי מן הסתם נפרש "כריתה" ככריתה תקפה. אך שונה המקרה אם העיסקה היתה תקפה כאשר נערכה ואחר-כך בוטלה מחמת פגם בהסכמה או בשל הפרה או על-ידי הסכם בין שני הצדדים.

לטובת הדעה שלפיה מגיעה לצרכן התוספת רק אם בשעת הדיון רכישת המצרף עורנה קיימת, אפשר לאמור כי זוהי לכאורה המתאימה לכוונת הספק. על-אף השיקול הנ"ל, שלפיו ייתכנו מקרים שוליים שבהם לא השיג הפרס את מטרתו ובכל-זאת מגיע לצרכן, מסתבר כי עקרונית יש לפרש את הצעת הספק לפי תכליתה. ואולם, אף במסגרת דעה זו, אין לראות את ביטול העיסקה העיקרית כגורר ממילא את ביטול התוספת, בהתעלמות מן הנסיבות, ובראש-דבראשונה מאחריות צד זה או אחר לעילת הביטול הנדון. אם הספק עצמו גרם לפגם שבגללו בוטל החוזה או שהחוזה בוטל מחמת הפרה מצדו, אין זה סביר שיפיק תועלת מכך בהשתחררותו מהבטחת התוספת. ואכן, נוכל לראותו כגורם לאי-התקיימות התנאי שבו נתלתה המתנה ולכן לקבוע שתנאי זה כאילו התקיים (סעיף 28(א) לחוק החוזים הכללי). נכון הוא שגם במקרים אלו בסופו של דבר לא השיג הספק את מטרתו למכור את סחורתו או את שירותיו, אך בכל-זאת השיג את מטרתו הראשונית, כלומר: לכרות חוזה להספקתם; ולאי-הצלחת החוזה גרם הוא עצמו.

לבחירה בין שתי הגישות הנ"ל יש להתחשב בפרטי כל פרשה ופרשה. נצא מלשון ההצעה שהצרכן הסכים לה, כל פעם שניתן לראות בה מודעות למונחיה. ובמקרה של ספק לא נתעלם מהכלל הפרשני המקובל שכאשר נכרת החוזה לפי הנוסח שערך אחד הצדדים בלבד, יש לפרשו נגד המנסח ולטובת הצד השני. גם הדנים בתורה האנגלית על "החוזה הנספח" לא התעלמו משאלת הבחירה הנ"ל, לפי היבט אחד מהיבטיה. הדעה המקובלת היא שעצם הכניסה לחוזה העיקרי היא התמורה להבטחה המגולמת בחוזה הנספח. ומבהירים:

a collateral contract may [...] be actionable even if the main contract is unenforceable, e.g. for illegality. Breach of the collateral contract will give rise to an action of damages for its breach, but not to a right to treat the main contract as repudiated⁴⁰.

אך לא חסרים המעירים:

If the main contract is void, it might be ruled that the consideration is illusory⁴¹.

לעומת נפקות גורלה של העיסקה העיקרית על גורל המתנה, האם תיתכן הנפקות ההפוכה? הכוונה היא למקרה שהמתנה בטלה או שהיא בוטלה או שהנותן חזר בו ממנה לפי סעיף 5 לחוק המתנה.

40 ראה Chitty, *Contracts* (25th ed., 1983) I § 735 ; וראה גם ג' שלו, "חוזה נספח" משפטים א (תשכ"ט) 577, 582-583, 589-593.

41 ראה Cheshire, Fifoot and Furmston, *Law of Contract* (11th ed., 1986) 223.

אם, כנהוג, לא התנו הצדדים את העיסקה העיקרית במתנה — כנגד התלות ההפוכה בין השתיים — אין לבסס נפקות כנ"ל על תנאי חוזי. אך, אם הצרכן רכש את המצרך ביודעו על הכרזת המתנה ובסומכו עליה (ועל כן קיים קשר סיבתי בין הבטחת המתנה ובין הרכישה) ואחר-כך מתגלה לו שהמתנה לטובתו בטלה משום חוסר צורה כתובה או שהיא בוטלה — רכישתו עלולה להיות נגועה בפגם, טעות או הטעיה, ולכן בטילה. אשר לשימוש בסעיף 5(ג) לחוק המתנה מצד הספק, ההנחה לדיון היא שאחרי כריתת החוזה על רכישת המצרך נודע לצרכן על הכרזת הספק בדבר המתנה והוא מקבל אז את הצעתו זו. הספק רשאי לחזור בו מן המתנה משום שהצרכן לא שינה את מצבו לרעה לאחר שנכרת חוזה-המתנה. הצרכן לא יוכל לטעון כי בהסכימו לחוזה-המכר טעה טעות משפטית משום אי-ידיעתו על סעיף 5(ג). כאשר הסכים למכר, לא ידע על ההצעה למתנה ולכן לא יכול היה לסמוך על האמונה שאין לספק דרך לחזור בו ממתנה.

ט. דינים בעלי נפקות ניכרת בענייננו (הקיום בתום-לב, איסור ונטל בדבר ההטעיה, דיני ההגרלה); נפקותה של השפעה בלתי-הוגנת

עלינו לציין דינים אחרים שיש להם נפקות ניכרת בענייננו ולציין כיצד הם פועלים בו. נניח שהספק, המכריז על התוספת שיתן במתנה לצרכן, נזקק לתחבולה זו או אחרת כדי לסכל סיכוי סביר שהצרכן יזכה בה למעשה. למשל; פרסם שיתן פרס לצרכן שאסף סדרה של תמונות המצורפות לכל חפיסת המצרך, אך אחת מהן אינו מצורף בשום חפיסה או שמכניס אותה רק במספר מזערי של החבילות. או שהבטיח כפרס לצרכניות שמלה שכל אחת תבחר בה, אבל למעשה מעמיד לבחירתן רק שמלות שלפי מידותיהן או לפי תכונותיהן האחרות מתאימות רק למיעוטן. או, לאחר שהכריז על טיול מאורגן לחו"ל ללקוחות שיזכו בהגרלה, קובע את מועד היציאה בשבת ובכך מונע השתתפותו של כל יהודי שומר מצוות.

ברי לנו שבכל מקרה כנ"ל יש קיום שלא בתום-לב ועליו יחול סעיף 39 לחוק החוזים הכללי.

תחולה בולטת בענייננו יש גם לדין ההטעיה. כפי שהוא מוסדר בסעיף 15 לחוק החוזים הכללי ובחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.⁴²

בעניין ההטעיה בתור פגם ההסכמה לחוזה ועילה לכיטולו, להוראת סעיף 32 לחוק הגנת הצרכן מצטרפת הוראת סעיף 15 לחוק החוזים הכללי. אמנם, סעיף 61(ב) לחוק אחרון זה היה שולל כשלעצמו את ההצטרפות הזאת, אך בענייננו סעיף 22 לחוק החוזים הכללי וסעיף 41 לחוק הגנת הצרכן דוחקים את רגלי סעיף 61(ב), בהיותם ספציפיים יותר ובהיות סעיף 41 גם מאוחר יותר. משום כך יחול סעיף 15 כאשר תחום תחולתו רחב יותר מתחום סעיף 43.⁴³

מצד שני, האם סעיף 32 רחב מסעיף 15 לפי היבט אחר: הרשאת הביטול אף כשאין קשר סיבתי בין מעשה ההטעיה להסכמת הצרכן לחוזה? כך פירשו כדבר מובן מאליה את ההוראה הנדונה, על-סמך לשונו של סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, אשר לפיה אסור לספק כל מעשה העלול להטעות צרכן.⁴⁴ אילו אמרנו את זאת, כי אז היינו סותרים את

42 על תיקון משנת התשמ"ח-1988.

43 ראה ג' שלו, "פגמים בכריתת חוזה", פירוש לחוק החוזים (תשמ"א), 333-338.

44 ראה ג' שלו, שם, 337.

מושג ההטעיה, כפי שהוא גלום בסעיף 15 הנ"ל וכפי שדורש השיקול האתי-הגיוני העומד ביסוד ההוראה זו. אדרבא, היינו נוקטים פתרון החסר יסוד אתי והגיוני ואינו מתיישב עם תוס' לבו של המבטל.

כך היינו נאלצים לאמור, כדי שלא לעשות את החוק פלסטר, אילו סעיף 32 היה מתייחס להגדרת סעיף 2 או שסעיף 2 היה נוגע לאותו עניין שסעיף 32 דן בו. אך סעיף 32 בא כהוראה עצמאית לעומת סעיף 2, וסעיף 2 דן לא בביטול העיסקה הפגומה בהטעיה אלא באיסור הטעיה – לרבות הטעיה בפרסומת מטעה – כאשר טרם גרמה להטעיה בחוזה זה או אחר. בחוקקו את ההוראה הזאת שיקול המחוקק בוודאי היה שלא כדאי לחכות עד אשר ייכרת חוזה בהשפעת הפרסומת המטעה ורק אז להגיב על-ידי מתן יכולת למוטעה לבטל אותו. יש להשתדל ולמנוע שהדבר ייארע ולשם כך לקבוע עבירה – מסוג "עבירות הסיכון" או "עבירות ההתנהגות", לעומת "עבירות התוצאה"⁴⁵ – בסנקציה שלפי סעיף 23 ואילך לחוק הגנת הצרכן.

למלה "הטעיה" נודעת אפוא משמעות שונה לפי ההקשר שבו היא באה. כל עוד מדובר בפרסומת הספק, אין כל היצג מצדו יכול להידון בעילה לביטול חוזה, כיוון שלא נכרת כל חוזה. ההטעיה הקיימת אינה אלא הטעיה בדעת הניצעים, הטעיה "מושגית". אבל, בהוראה הנוגעת לחוזה שכבר נכרת, כונת החוק המסתברת היא להטעיה ריאלי, להטעיה חוזית.

לפיכך בסעיף 32 נפרש "מעשה שיש בו משום הטעיה" בחוזה מכירה שנכרת כמעשה אשר חולל הטעיה. מעשה העלול כשלעצמו להטעות אך לא הטעה למעשה, אין לאמור עליו שהוא "מהותי בנסיבות הענין" כמעשה הטעיה.

כללו של דבר: בחוק הגנת הצרכן, ההטעיה היא נושא הן לאיסור – שהפרתו מהווה עבירה פלילית – והן לנטל – שאי-קיומו הופך את החוזה לבר-ביטול. בהיבט הראשון די שמתקיימת הטעיה בכוח; בהיבט השני, דרושה הטעיה בפועל. כנגד דעתנו הנ"ל, יעלו אולי את לשון סעיף 32(ג) לחוק הגנת הצרכן האומר שהשר רשאי לקבוע בתקנות פרטים אשר אי-גילויים לצרכן ישמש עילה לביטול המכר.⁴⁶ אך גם כאן לא היינו מסיקים את המסקנה כי די באי-גילוי כדי לאפשר את ביטול העיסקה, ללא דרישת טעות בפועל. ההוראה ביקשה לקבוע מה יהיו הפרטים שעל הספק לגלות לפי הוראת סעיף 15, סיפא, לחוק החוזים הכללי.

אמנם, פגמי ההסכמה אינם ממצים את המקרים שבהם ניתן לבטל חוזה. לפי חוק הגנת הצרכן, ניתן לצרכן לבטל עיסקה ברוכלות (סעיף 14), ולבית-המשפט – לבטל עיסקה שנעשתה בניגוד לצו שניתן לפי סעיף 9 (סעיף 11). בשני המקרים אין דרישה לפגם בהסכמה כיוון שהיסוד לבטילות הוא יסוד עצמאי אחר: במקרה הראשון איבת המחוקק לעסקות ברוכלות, העלולות להיערך ללא זהירות מצד הצרכן; ובמקרה השני אי-הציות לצו ועוד נסיבות. אבל שונה המקרה כשהחוק מדבר בהטעיה או באי-גילוי (אשר חוק החוזים הכללי מתחשב בו כבצורת הטעיה).

מקרה טיפוסי להטעיית הצרכן בעניינו נוגע לציון התמורה בעיסקה העיקרית בהשוואה לתמורה שהספק דורש כשהוא מספק את המצרך או השירות הנדונים ללא

45 על עימות זה ראה S.Z. Feller, "Endangering as a Criminal Act" *Israeli Reports to the XI Congress of Comparative Law* (Jerusalem, 1982) 312.

46 ראה תקנות הגנת הצרכן (עילות לביטול מכר) (חלקי חילוף), התשמ"ז-1986 (ק"ת 4993 התשמ"ז, 264).

תוספת חינוס. סעיף 2(א)(13) לחוק הגנת הצרכן אוסר במפורש על מוכר (וכן נותן שירות או יצרן) להטעות את הצרכן בעניין "המחיר הרגיל או המקובל או המחיר שנדרש בעבר [...] והתיקון לחוק הוסיף ס"ק (ג) הקובע כי "הוראות סעיף זה יחולו גם על פרסומת". אם הספק מזהיר או נותן להבין לצרכן כי התמורה שווה פה ושם וזה היה מניע לצרכן לכריתת החוזה, קיים בעיסקה פגם ההטעה. לא נוכל לאמור כי מוטל על הספק נטל הגילוי כשהמחיר המתקבל בעיסקאותיו הרגילות נמוך יותר מאשר המחיר שהוא דורש כאשר לעיסקה בתמורה הוא מצרף תוספת חינוס. אין זה מתקבל על הדעת להטיל על הספק את הנטל להודות על הפרש כנ"ל — להבדיל מהטלת האיסור שינהג כך. אך במשפטנו הנוהג איסור זה קיים רק לפי הכללים שקבע משרד-האוצר בקשר לאישור להגרלה. תנאי לאישור הוא ש"לא יעלה מחיר הטובין או השירותים" — אשר בקנייתם הותנתה ההשתתפות בהגרלה — "על מחירים של טובין דומים או שירותים דומים שנמכרו או סופקו או שהוצעו למכירה על ידי מבצע ההגרלה באותה עת". אם התנאי אינו מתקיים, האישור בטל ולכן הספק אחראי בפלילים.

הטעיית הצרכן עשויה לנגוע גם לתכונות התוספת הניתנת במתנה. ההנחה היא כי ללא הצהרה כוזבת מצד הספק על תכונות התוספת הצרכן לא היה מסכים לעיסקה העיקרית.

להלכה יש משום הצהרה כוזבת אף כאשר הספק מציין את העסק כולו (העיסקה בתמורה פלוס התוספת) כמתנה או את התוספת כסתם מתנה בלי לומר שזוהי מתנה על תנאי. אך מסתבר שלא תחול כאן הטעיה למעשה בתנאים הרגילים, שעה שהצרכן קונה את המצרף (או עורך עיסקה בתמורה אחרת) ונוכח שמדובר בעיסקה בתמורה דווקא. ואולם תיתכנה נסיבות שבהן הצרכן יטעה גם בעניין זה. לגבי הנטל יש לראותו כקיים במידה שאי-קיומו מטעה את המתקשר השני. ואולם, כידוע לנו, לפי חוק הגנת הצרכן אי-הטעיה אינה רק נטל כי אם גם חובה.

נמצא גבול לאחריותו הנ"ל של הספק — הן בתור חובה והן בתור נטל — אם נכיר בקיומו של נטל המוטל על הצרכן הנדון — על כל אחד מהניצגים, כשמדובר בחובת הספק — לעמוד על אי-נכונותם של היציג הספק הכוזבים. אך אפשרות זו אינה קיימת אם לפי דיני החוזה הכלליים שוללים את קיומו של נטל כנ"ל. וזאת מגמתם של סופרים ישראלים שכתבו בטרם נחקק חוק החוזים הכלליים⁴⁷ או אחריו⁴⁸.

לנו נראית נכונה יותר הדעה ההפוכה. כאשר החוק שולל שמבטח יבטל חוזה ביטוח בשל תשובה לא מלאה וכנה מצד המבוטח אם ידע או היה עליו לדעת את המצב לאמיתו⁴⁹, רואים אנו במלים "או היה עליו לדעת" אשר בהוראה זו גילוי לדין כללי ולא דין מיוחד לחוזה הביטוח⁵⁰. מתאימה לעמדה זו של המחוקק היא גם הוראת סעיף 8

47 ראה צלטנר, דיני חוזים, חלק כללי (תשכ"ב) א' 508–509, הקובע כי רשלנותו של ניצג אינה שוללת ממנו את טענת ההטעה, בהסתמכו על הדעה השלטת באנגליה. אך לעומתה ראה, Treitel, *The Law of Contract* (6th ed., 259–260).

48 ראה ג' שלו (לעיל, הערה 43), § 149, הערה 78, הקובעת שלא די להראות כי המוטעה יכול היה לעמוד על ההטעה באמצעים סבירים. אנו מסכימים שבדרך-כלל אין להטיל על מתקשר את הנטל לגשת למחקר כדי לבדוק את נכונות דבריו של המתקשר השני.

49 חוק חוזה הביטוח, התשמ"א–1981, סעיף 8.

50 ראה א' ידין, חוק חוזה הביטוח, התשמ"א–1981, פירוש לחוקי החוזים, המכון למחקרי חקיקה ע"ש הארי סאקר, ג' טדסקי עורך (התשמ"ד), § 31.

לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, שלפיה העומד בנטל להיוודע "בזהירות סבירה", ולא גילה את העובדות הנדונות, יקבל השעיה להפסקת ההתיישנות. מקובל שדברי-קילוסין השגורים בפי מוכר לא ישמשו עילה לביטול חוזה⁵¹, והיסוד המסתבר לכלל זה הוא בנטל הביקורת המוטל על קונה. אין טעם להגביל את תחולתו של נטל העירנות והזהירות – פחות או יותר חמור, לפי הנסיבות – למקרה זה בלבד, ולא להחילו, לפי הנסיבות, לכל מקרה מתאים אחר.

אם נקבל עמדה עקרונית זו, לא היינו דוחים אותה אף במסגרת היחסים בין צרכן לספק. אך יש להודות כי כאן תדירות הנסיבות (כגון ערכה הקטן של העיסקה, הזמנת המצרכים על-ידי טלפון או בכתב, אי-בקיאות הרוכש) אשר לפיהן לא נוכל לראות כרשלנות התנהגותו של צרכן שאינו בודק את דברי הספק. אך, לפי דעתנו, אינרציה שכלית ואי-אכפתיות שהראה בשעת העיסקה עלולות לשלול ממנו את היכולת לבטלה אחר-כך בשל הטעיה.

לגבי העושק, חוק הגנת הצרכן בסעיף 3 קובע הוראה מקבילה להוראתו בסעיף 2 לגבי הטעיה. על הנטל הקיים לפי חוק החוזים הכללי – כאן (סעיף 18) כמו שם (סעיף 15) – חוק הגנת הצרכן מוסיף מצדו איסור (שהוא רחב יותר), בסנקציה פלילית (סעיף 23). יש רק הבדל אחד המונע הקבלה שלמה בין שני המקרים והוא שכאן חפיפתם של נטל וחובה היא גמורה כיוון ששניהם נוגעים למעשה עושק בפועל ולא בכוח בלבד.

שונה המצב בעניין ה"השפעה הבלתי הוגנת", אשר סעיף 3 הנ"ל גם-כן נוקב ואין היא מופיעה בחוק החוזים הכללי בין פגמי ההסכמה. מתעוררת השאלה אם על האיסור, הנקבע בסעיף 3, מתוסף גם נטל, אשר אי-עמידה בו הופכת חוזה לבר-ביטול. אך בראש-דבר אנו יושבים במקום לעיון במשמעות הביטוי כאן.

אם נתייחס למלים "השפעה בלתי הוגנת" כמשמעותן בלשון בני-האדם, אפשר לפרשן פירוש רחב ביותר, שלפיו הביטוי עשוי לכלול גם הטעיה, כל פעם שהיא מודעת, וכמורכב עושק וכפייה. אך בוודאי לא לכך התכוון החוק, הנוקב כבר בהוראת סעיף 3 עצמה את מקרי העושק השונים והבא להתווסף על חוק החוזים הכללי הקובע כבר מצדו, כפגמי ההסכמה הטעיה, עושק וכפייה.

מסתבר שבאומרו "השפעה בלתי הוגנת" התכוון המחוקק למשמעותו המשפטית-טכנית של הביטוי undue influence שבדיני האקוויטי האנגליים, כלומר: ניצולם של יחסית-לחות – אישיים או מעמדיים – לרעת המתקשר השני. גם את הוראת סעיף 30(א) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, פירשו כנוגעת לניצול יחסית-לחות אישיים⁵².

בין צרכנים לספקים לא קיימים בדרך-כלל יחסי תלות-שליטה. ולקיום השפעה בלתי-הוגנת בענייננו לא סגי בפרסומת הספק שבהצעת מתנות והגרלות המטפחת בצירוף יצרים ותאוות לא-בריאים לחברה ומנצלת את חולשת אופיים של הבריות שאינם עומדים בפני פיתוי זה או אחר⁵³.

51 ראה רשימתנו 405, 422 (1981) 16 Is.L.R. "Advertising and Contract": וכן זמיר (לעיל, הערה 241 § 4).

52 ראה, למשל, ע"א 423/75 בן נון נ' ריכטר, פ"ד לא(1) 378, 372; ע"א 196/85 רוזנפלד נ' סלנט, פ"ד לט(4) 550, 552; ע"א 562/85 אירנשטיין נ' רז ואח', פ"ד מב(2) 418, 421-422.

53 אפשר שכללים מיוחדים יוצאו בעתיד בתקנות לגבי הקטינים לפי סעיף 7א שהכניס תיקון החוק

לפיכך אין אנו רואים כאן כר נרחב לתחולתו של דין ההשפעה הבלתי-הוגנת בענייננו (וכמור"כ לתחולתו של דין העושק). בתור דוגמא אחת נעלה את המקרה של רופא ומטופל, כאשר, בקשר לחוזה הטיפול (עיסקה עיקרית), הרופא משכנע את המטופל כי ה"התוספת" המוצעת לו חינם – למשל, אירוח-חינם שיקבל המטופל בתקופת הטיפול – לפי תנאיו ישפיע לטובה על בריאותו.

העמדנו לעיל גם את השאלה אם, לפי חוק הגנת הצרכן, השפעה בלתי-הוגנת – מלבד היותה עבירה פלילית – היא גם נטל שאי-עמידה בו תהפוך את החוזה לכר-ביטול. תשובתנו היא לחיוב. ההשפעה הבלתי-הוגנת היא נטל לפי המשפט האנגלי אשר ממנו אימץ אותה המחוקק הישראלי כאן ובחוק הירושה, בעניין הצוואה. בחוק אחרון זה שמרה את אופיה. בחוק הגנת הצרכן ביקשו להרחיק לכת בהכנסת איסור פלילי כפי שהכניסו אותו גם בקשר להטעיה ולעושק. את ההשפעה הבלתי-הוגנת הוסיפו בסעיף 3 לחוק כדי "להרחיב את משמעות המונח 'עושק'", כנאמר בדברי ההסבר⁵⁴. אפשרות הביטול על-סמך השפעה בלתי-הוגנת נובעת מסעיף 32(א) לחוק זה, הנוגע לנכס שנעשה לגביו "ניצול מצוקה" – ביטוי אשר, על-פי הכותרת שניתנה לסעיף 3, כולל גם השפעה בלתי-הוגנת.

בסיפא לסעיף 3 מניחים שמעשה העושק או ההשפעה הבלתי-הוגנת נעשה "כדי לקשור עסקה בתנאים בלתי מקובלים או בלתי סבירים, או לשם קבלת תמורה העולה על התמורה המקובלת". לפי ההשקפה שהעיסקה העיקרית בתמורה ותוספת המתנה הן שתי עיסקות נפרדות, תתקיים ההנחה שנדרשת תמורה העולה על התמורה המקובלת, אף אם תוספת המתנה מאזנת למעשה את הפרש המחיר בין העיסקה הנדרשת ובין עיסקה רגילה, הנערכת ללא תוספת מתנה.

כבר עמדנו לעיל על דיני ההגרלה בקשר לענייננו ועל המהפך שהתחולל בזמן האחרון בקשר למתן אישור להגרלות המסחריות. כתוצאה ממהפך זה הגרלות אלו מקבלות הכשר באורח עקרוני, ובלבד שיתקיימו תנאים מסוימים. לפי טעמם של דיני ההגרלות, יש להודות כי העמדה השלילית הקודמת לא היתה סבירה. ואכן, מדיניות המחוקק בעניין המשחקים וההגרלות נובעת מן ההכרה שהבולמוס למשחקי-המזל מרחיק את הבריות מן העבודה והחיסכון גם יחד ועלול להביאם למחסור גמור; אך קשה להאמין שבהגרלות הספקים קיימים סיכונים כאלה.

י. האם כדאי להרחיק לכת עוד יותר בהגנת הצרכן

אגב ההגרלות הנדונות לעיל, בחוגי המנהל השמיעו את הדעה שטיפול האוצר בעניין לא היה צריך להצטמצם במתן האישור ותו לא, אלא כדאי שיתבטא אחר-כך בפיקוח על ביצוע ההגרלה כדבעי. לכך היו נדרשים סמכויות אשר אינן קיימות עתה ובוודאי גם עובדים נוספים במשרד-האוצר.

לא השתכנענו שכדאי ללכת בדרך זו. מדובר בעניין פרטי ולא חיוני ביותר אף לנוגעים בדבר ולכן אין אנו רואים צידוק למגנן השגחה ולהוצאות הכרוכות בו. אם יש

⁵⁴ הנ"ל משנת תשמ"ח, בקשר לפרסומת העלולה להטעות קטין, לנצל את גילו, תמימותו או חוסר-נסיגו. לכך מתכוונים, כנראה, במשרד-התעשייה והמסחר.

54 ה"ח הגנת הצרכן, תש"ם-1980, ה"ח 1469 תש"ם, 305.

לצרכן תלונה על אי-קיום ההגרלה המובטח לו או על דרך קיומה עומד לרשותו המנגנון המשטירתי-שיפוטי הכללי. ואף אם לא יראה לו כדאי להיזקק לאמצעים אלו, לא יחסרו דרכים אחרות (ארגוני הצרכנים והסוחרים, כללי-התקשרות).

יותר כדאי נראה לנו לתת מהלכים, גם מחוץ לתחום ההגרלות, לאיסור הנקבע בכללי האוצר בקשר למתן אישור להגרלות הספקים: האיסור, כאמור כבר לעיל, שבעסק הנדון ידרוש הספק תמורה למצרך או לשירות שלו גבוהה יותר מזו שלפיה הוא מספק מצרך או שירות דומה מחוץ למסגרת העסק הנדונה. האיסור – על סנקציה פלילית – היה יכול לבוא אף לא באופן ספציפי אלא כנכלל באיסור כוללני על הליכות מסחר בלתי-הוגנות.

הפתרון הרדיקלי ביותר לבעיה הוא, כמובן, זה שנתקבל למעשה בארצות אחרות: איסור עקרוני על תוספת חינם לעיסקות הספקה⁵⁵.

לפי פתרון זה, נוקט החוק אמצעי חדש להגנת הצרכן, השונה לפי טעמו מדרכי ההגנה כגון איסור על תניות מקפחות או איסור על הטעיה, וכגון מתן יכולת לצרכן לבטל חוזה שהסכמתו לו היתה פגומה בפגם זה או אחר. בכל ההוראות האלה מופנית ההגנה נגד הספק לבדו; היא פועלת רק לטובת הצרכן. לעומת זאת, כשמדובר ב"תוספת", האיסור האפשרי נוגע לפיתוי הצרכן והוא מופנה לא רק נגד הספק המפתה אלא גם נגד הצרכן עצמו המתפתה משום חולשת אופיו. הטעם לאיסור הנדון דומה לטעם שלפיו אוסרים על משחקי-המזל וההגרלות. מניחים כי, אם נותנים לאדם לעשות לפי רצונו, לא יעמוד בפני יצרי-הרע ויתחרט במאוחר. מוטב אפוא, לטובתו, לנהוג ב"אפיטרופסות" כלפיו.

נימוק נוסף עשוי להיות הרעיון, הסביר לכאורה, שמתן התוספת מייקר את המצרך, שהוא לבדו עונה על צורכו האמיתי של הצרכן. אך שיקול זה הוא פשטני. לפי הגיונו היה כדאי איסור על הוצאות הפירסומת העצומות. למעשה, הרחבת השיוק שאליה חותרים הספקים באמצעים אלו עשויה להועיל גם לצרכנים.

פיתוי התוספת אינו דומה לתאווה למשחקי-מזל העלולים להוות אסון לקוביוסטוס ולחברה. אפשר שהוא מניע לרכישות לא-כדאיות. אך, במשטר של כלכלה חופשית הקיים, אין מניעה לצורות בזבז חמורות יותר. בימינו אין שאיפה לחדש את האיסורים על מותרות שהיו נהוגים בזמנים אחרים, ואף לא להניא את הפרסומת המכוונת לעורר את החשק להשגתם. אמנם, דעת הרבים אינה נוחה מ"תרבות הבזבז" המאפיינת את זמננו, אך איסורי המשפט אינם התרופה הכדאית לתיקונה. בענייננו, התערבות חקיקה היתה רצויה אילו לא ניתן לרכוש מצרכים, ומצרכים חיוניים במיוחד, ללא תוספת שהספקים יוסיפו עליהם. אך אין זו המציאות.

